

## <TITRE>JUSTICE CONTRACTUELLE

<TEXTE> Alors que le code civil, à la suite de Pothier, a fait du contrat une espèce de convention et que la doctrine contemporaine a tendance à assimiler ces deux concepts, il demeure opportun de distinguer, comme en droit romain, l'opération économique consistant en un échange de valeurs (*contractus*) et l'échange des consentements qui en fixe les modalités (*conventio*). En effet, il se peut que la convention des parties engendre un contrat déraisonnable, car manifestement déséquilibré au détriment de l'une d'entre elles. C'est alors que se pose le problème de la justice contractuelle. Doit-on s'en tenir à ce qui a été convenu, quelle qu'en soit l'injustice, ou faut-il qu'une autorité extérieure aux parties contractantes s'immisce dans la sphère conventionnelle dans le but de rectifier ce qui a été stipulé ? La réponse à cette question n'est point univoque ; elle dépend de la philosophie du contrat, et plus largement de la philosophie du droit adoptée. En simplifiant, l'alternative principale est la suivante : ou bien la justice contractuelle se réduit à la convention et le juge doit s'en tenir aux stipulations des parties, ou bien elle transcende la convention, cette dernière devant lui être soumise et au besoin rectifiée à son aune.

## <IT1>LA JUSTICE CONTRACTUELLE RÉDUITE A LA CONVENTION

La question de la justice contractuelle ne pose guère de difficultés dans la théorie qui réduit le contrat à l'échange des consentements des parties contractantes, celui-ci étant censé traduire leur volonté commune. A partir du moment où les consentements respectifs ont été libres et éclairés, la convention qui en est le produit ne peut qu'incarner la justice contractuelle. On peut aussi expliquer cette réduction de la justice contractuelle à la volonté commune des contractants par le non-cognitivism axiologique qui postule que la justice, comme toute les valeurs, ne peut être l'objet d'une connaissance scientifique ; au contraire, la norme contractuelle, comme toute norme positive, est connaissable. Cependant, puisque l'homme vit en société et pas dans l'état de nature, il est contraint de se soumettre aux règles découlant du contrat social (Rousseau). C'est pourquoi la seule limite tolérable à la liberté contractuelle est celle qui est édictée par la loi.

### <IT2>Le volontarisme exacerbé

C'est dans la conception libérale et individualiste du contrat que l'importance de la volonté des contractants est exacerbée.

Usant de son libre arbitre, l'homme qui s'oblige par convention est le seul juge de ce qui est juste et utile pour lui. Dans les conventions, le débiteur est obligé parce qu'il l'a voulu, qu'il a consenti à aliéner une parcelle de sa liberté au profit de son cocontractant. Quant au contenu du contrat, les parties déterminent librement leurs droits et obligations. Recourant à une expression kantienne mal comprise et dévoyée, la doctrine parle d'« autonomie de la volonté » pour désigner à la fois le fondement de la force obligatoire des conventions et le principe de leur intangibilité. Le contrôle judiciaire des conventions ne saurait donc porter ni sur l'équité des stipulations ni sur l'équivalence des prestations, mais seulement sur l'intégrité des consentements. La convention est la chose des parties, la justice contractuelle, leur affaire ; à l'instar de la loi du législateur, la loi du contrat est nécessairement juste ou irréfragablement présumée telle.

Cette conception ultra-volontariste du contrat, fondée sur les conceptions philosophiques modernes de liberté, de raison, de libre-arbitre, s'est harmonieusement conciliée avec les théories économiques prônant le libre échange, la maximisation des utilités, le respect sans entrave du jeu de l'offre et de la demande. En somme, les ajustements spontanés du marché et la répartition des richesses qui en découle naturellement, ce que Hayek nomme « le jeu de la

catallaxie », prive de sens toute référence à la notion de justice sociale. Seule une libre et efficiente concurrence importe pour réguler les échanges, et même satisfaire l'intérêt général qui n'est rien d'autre que l'addition des intérêts individuels. A condition qu'il ne subisse aucune immixtion, le contrat participe de l'ordre spontané du marché.

#### <IT2>Le volontarisme tempéré

Le volontarisme exacerbé, même s'il est sous-jacent dans nombre d'explications ou de justifications de théories, de règles ou de principes juridiques en droit des contrats, est demeuré minoritaire. C'est à un volontarisme plus ou moins tempéré que la doctrine se rallie généralement. Cette modération vient de l'existence d'un élément hétéronome par rapport à la volonté des parties : l'existence d'une loi qui impose de tenir sa promesse. Cette loi peut être religieuse (cf. la déesse romaine Fides ; *Pacta sunt servanda* : adage tiré des Décrétales de Grégoire IX), morale (respect des intérêts et des attentes légitimes d'autrui ; devoir de conscience prescrivant de ne pas trahir la confiance) ou juridique (art. 1134 al. du code civil, tel qu'il est généralement interprété). Dans cette conception, les conventions, qui selon Kelsen sont aussi des normes, tirent leur force obligatoire à la fois de la volonté des parties et d'une norme juridique supérieure à la

quelle elles doivent se conformer. Ainsi, le législateur peut limiter à la marge la liberté des contractants, par exemple dans un souci de préserver l'ordre public et les bonnes mœurs ou de promouvoir une certaine conception de la justice contractuelle. Il n'en reste pas moins que, là où le législateur s'est abstenu d'intervenir, la liberté contractuelle des parties garde son empire. Cette liberté contractuelle de principe, mais limitée par la loi, est parfois appelée le « volontarisme social » (Flour, Aubert et Savaux). Tout est alors une question de mesure de l'intervention étatique, laquelle mesure varie selon les opinions. Par exemple, Josserand, qui pourtant était sensible à la question sociale, a vigoureusement dénoncé le « forçage du contrat » auquel le législateur du XX<sup>e</sup> s. se livrait, le contrat devenant selon lui de moins en moins contractuel puisque « les contractants ne sont plus maîtres chez eux ».

Qu'il soit exacerbé ou tempéré, le volontarisme se caractérise généralement par le sacrifice de la justice contractuelle au profit de la sécurité des conventions et de la prévisibilité des solutions en cas de litige. Concrètement, de cette théorie du contrat découlent le principe de l'intangibilité des conventions, le rejet de la lésion comme cause générale de rescision des conventions, ainsi que les réticences à admettre la révision pour cause d'imprévision, du moins en droit civil

français, et la sanction de l'abus de puissance économique. Il faut toutefois réserver une place originale à Gény et Ripert qui se sont montrés favorables à ce que la liberté contractuelle soit limitée, pour le premier, par le « principe de l'équilibre des intérêts en présence » qui caractérise la libre recherche scientifique ou, pour le second, par la morale chrétienne qui irrigue, notamment par le truchement du juge, le droit des sociétés occidentales. Partant chacun d'une philosophie différente, ils parviennent (surtout Ripert) à des solutions proches de celles prônées par ceux qui subordonnent la force obligatoire des conventions à la justice contractuelle.

#### <IT1>LA CONVENTION TRANSCENDÉE PAR LA JUSTICE CONTRACTUELLE

L'expérience montre que les conventions sont parfois des instruments d'exploitation des faibles, des sources d'injustices que le législateur est incapable d'appréhender dans leur totalité et leur diversité. Au XX<sup>e</sup> s., le juge a joué un rôle déterminant et actif en pénétrant, de son seul chef, dans la loi contractuelle afin de l'enrichir de nouvelles obligations (sécurité, information, conseil, loyauté, coopération, renégociation, maintien de l'équilibre contractuel etc.) ou de l'amputer de certaines stipulations

(clauses abusives). Techniquement, de nombreux concepts ont été avancés ou utilisés pour fonder ces interventions du juge : l'interprétation créatrice, l'équité, la bonne foi, la cause, l'abus de droit, le contrat d'adhésion, la violence économique, la lésion qualifiée, etc. Mais l'essentiel est de s'intéresser aux théories du contrat qui ont été avancées pour expliquer que la justice contractuelle transcende la volonté des contractants.

## <IT2>L'équité

Équité est un terme polysémique. Il est entendu ici comme synonyme d'égalité, de juste milieu (*aequus* : égalité proportionnelle, justice). Dans le contrat, l'équité signifie que chaque partie doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle transmet, cette égalité étant, dans la philosophie d'Aristote, à la base de l'échange. Ainsi, pour le Stagirite, le juste dans le contrat, c'est l'égal. Les juristes romains, qui ont traduit *sunallagma* par *contractus*, ont maintenu l'impératif de justice dans les échanges en conférant au juge, dans les contrats donnant naissance à une action de bonne foi, le pouvoir de statuer selon ce qui est équitable et bon (*ex aequo et bono*). Certes, la justice consiste, pour le juge, à suivre la volonté des parties incarnée dans la loi privée qu'elles ont voulu se donner, mais cette liberté n'est pas sans borne, elle

ne saurait conduire à l'injustice. Cette philosophie du contrat a été recueillie par la plupart des auteurs de l'Ancien droit et des jusnaturalistes, (notamment Domat, mais aussi Grotius, Pufendorf, Pothier) pour qui la liberté contractuelle a pour limite l'équité et les bonnes mœurs. Portalis, dans le Discours préliminaire sur le projet de code civil, ne dit pas autre chose : « *la liberté de contracter ne peut-être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* ».

Rien d'étonnant donc à ce que le code civil réserve une place de choix à l'équité dans les conventions en disposant qu'elles obligent non seulement à ce qui est exprimé mais aussi à toutes les suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature (art. 1135 c.civ.). Même l'article 1134, fortement inspiré par Domat, est imprégné de justice contractuelle. Non seulement son alinéa 3 rappelle que tous les contrats sont de bonne foi (ce qui revient à doter le juge de larges pouvoirs d'équité), mais surtout le mot loi, dans l'expression du al. (« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »), renvoie à la notion de règle, de juste mesure, de *recta ratio*. Suivant la tradition aristotélo-thomiste, la loi du contrat, tout comme la loi générale, n'oblige pas lorsqu'elle est injuste ; car ce n'est alors plus une loi mais une corruption de loi. Ainsi, « le contrat n'est obligatoire que s'il est juste » (Ghestin). Selon cette



conception du contrat, le juge, incarnation de la justice vivante, n'est pas un auxiliaire servile de la convention des parties ; s'il doit suivre par principe cette règle privée, il est fondé à la modifier ou à ne pas en tenir compte si son application conduisait à une solution manifestement injuste. C'est notamment le cas lorsque le contrat révèle un déséquilibre entre les droits et obligations réciproques qui trouve sa cause efficiente dans un abus de puissance économique commis au détriment du contractant en situation de faiblesse. Ce pouvoir judiciaire de réfaction du contrat se concrétise ou bien en une éradication de certaines stipulations abusives, ou bien en la création d'obligations à la charge de la partie dominante.

#### <IT2>Le solidarisme

Au XIX<sup>e</sup> s., la conception équitable du contrat a été quasiment oubliée au profit d'une lecture libérale et individualiste des dispositions du Code civil (notamment de l'art. 1134) mieux adaptée aux besoins de l'économie capitaliste en plein essor. Mais, dès la fin du XIX<sup>e</sup> s., les excès engendrés par la liberté contractuelle et les inégalités économiques propulsent la question sociale au cœur du débat. Mettant en cause le dogme de l'autonomie de la volonté, Durkheim, Saleilles, Duguit, Gounot, Demogue et, dans une

certaine mesure, Josserand travaillent, chacun à leur manière, à une conception du contrat inspirée de la philosophie solidariste (Fouillée, Bourgeois) qui, dominante sous la III<sup>e</sup> République, rompt avec la philosophie rousseauiste du contrat social. Evidemment, la pensée de chacun de ces auteurs présente des particularités, des nuances, mais l'essentiel les réunit : faire prévaloir, dans le droit des contrats, le collectif sur l'individuel, la coopération sociale sur l'égoïsme particulier, la solidarité sur la liberté. Sous la plume de Demogue, la bonne foi n'assume plus seulement une double fonction interprétative et sanctionnatrice, elle est source d'un devoir de coopération entre les contractants, transformant ainsi le contrat en « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* ». Cette conception, qui est restée minoritaire en doctrine pendant le XX<sup>e</sup> s., a connu un remarquable renouveau au cours de la dernière décennie de celui-ci (Jamin, D. Mazeaud). Grosso modo, les solutions concrètes auxquelles conduit le solidarisme contractuel, ainsi que la place centrale accordée au juge, sont le plus souvent semblables à celles fondées sur l'équité contractuelle (sanction de l'abus dans la fixation des prix, éradication des clauses abusives, promotion des devoirs de loyauté et de coopération, admission de la révision pour cause d'imprévision, restrictions apportées à la liberté de rompre les contrats de distribution, etc.). Toutefois, certains auteurs

pensent pouvoir aller plus loin en prônant un impératif de fraternité ou d'amitié entre contractants (Sériaux, Guelfucci-Thibierge), ce qui semble pousser un peu loin l'exigence de solidarité et de coopération et par trop oublier l'existence d'irréductibles antagonismes au sein du contrat.

<BIBLIOGRAPHIE> : Cadiet L., Une justice contractuelle, l'autre, in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ. 2001, p.177. – Carbonnier J., *Droit civil, T.4, Les obligations*, PUF. Thémis . éd. 2000, n°20 à 22, n°78 à 81, et n°114. – Chazal J.-P., De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. du Code civil, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p.265. – Guelfucci-Thibierge C., Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p.357. – Ghestin J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ. . éd. 1993, n°252 et s. – Jamin C., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ. 2001, p.441. – Mazeaud D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges ne hommage à F. Terré*, PUF. Dalloz, éd. Juris-classeur, 1999, p.617. – Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. . éd. 1949, réimpression 1994, n°1 à 21, n°22, n°40, n°61 à 88.

Voir aussi : *Le juge et l'exécution du contrat*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1993. – Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Actes du colloque de Chambéry, *Droit & Patrimoine*, 1998, n°58, p.41 et s. – Chazal J.-P., Théorie de la cause et justice contractuelle, *JCP*, 1998 I 152. – Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Droit civil, Les obligations, I, L'acte juridique*, A. Colin - éd. 2002, n°94 à 120. – Jamin C., Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, *Le Dalloz* 2002, Chroniques, p.901. – Rouhette G., La force obligatoire du contrat, Rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ. 1987, p.27. – Sériaux A., *Droit des obligations*, PUF. Droit fondamental, - éd. 1998, n°55.